

APROXIMACIONES TEÓRICAS ENTORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ILICITUD SUSTANCIAL: UNA MIRADA DEL DERECHO DISCIPLINARIO DESDE EL ANTIFORMALISMO

Lizeth Carolina Villamil Bergaño¹

RESUMEN

Este trabajo es un artículo de reflexión que tiene como propósito el análisis del concepto de ilicitud sustancial a partir de los preceptos antiformalistas pregonados por la Constitución Política de 1991, los cuales propugnan por la autonomía e independencia del Derecho Disciplinario. Conforme con esto se divide en dos momentos; en el primero se estudia la evolución *ius teórica* que en materia disciplinaria se gesta con la promulgación de la Constitución actual, la cual supera el formalismo y se adscribe al antiformalismo jurídico, posteriormente, en un segundo momento, se analizan los elementos estructurales de la ilicitud sustancial a partir de la nueva perspectiva constitucional. La ilicitud sustancial es un concepto amplio y difuso que requiere un esfuerzo de las autoridades administrativas por comprobar la efectiva afectación de los principios de la función pública a través de la conducta de un servidor público.

PALABRAS CLAVE: Ilicitud sustancial, derecho disciplinario, Constitución, antiformalismo, autonomía.

¹ Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. El presente artículo es el requisito de grado presentado como requisito para optar por el título de abogada. Correo electrónico: lizcaro0904@gmail.com

ABSTRACT

This work is an article of reflection whose purpose is the analysis of the concept of substantial illegality from the antiformalist precepts preached by the Political Constitution of 1991, which advocate for the autonomy and independence of Disciplinary Law. According to this it is divided into two moments; In the first we study the evolution in the theoretical that in disciplinary matters is generated by the promulgation of the current constitution, which overcomes the formalism and ascribes to the legal antiformalism, later, in a second moment, we analyze the structural elements of Substantial illegality from the new constitutional perspective. Substantial illegality is a broad and diffuse concept that requires an effort by the administrative authorities to verify the effective affectation of the principles of the public function through the conduct of a public servant.

KEYWORDS: Substantial Illegality, disciplinary law, constitution, anti-formalism, autonomy.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

- 1. EVOLUCIÓN *IUS TEÓRICA* DEL DERECHO DISCIPLINARIO**
- 2. DEL FORMALISMO AL ANTIFORMALISMO JURÍDICO**
- 3. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA ILICITUD SUSTANCIAL DESDE EL ANTIFORMALISMO JURÍDICO.**
 - 3.1. ANTIJURIDICIDAD**
 - 3.2. DEBER FUNCIONAL**
 - 3.3. JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA**

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 dispone, en contraposición al Estado liberal en el que se venía desarrollando la Constitución Nacional de 1886, que Colombia es un Estado social, democrático y constitucional de Derecho. Este cambio no tuvo solo efectos políticos sino que implicó la transformación de la manera de concebir y aplicar el derecho; al respecto, mientras que en el marco de la Carta de 1886 se entendía como un conjunto de normas cerrado, toda vez que al ser elaborado por el legislador tradicional –v. gr. Congreso- tenía vocación a ser perfecto y carecer de lagunas, en la Constitución de 1991 se entiende como un sistema abierto de normas en el cual existen variedad de lagunas que se evidencian de forma principal en la aplicación material de las disposiciones del sistema jurídico.

Desde el punto de vista práctico, mientras que bajo el primer modelo los operadores jurídicos debían limitar su interpretación a la literalidad de los textos legales, en el segundo deben recurrir a las demás fuentes del derecho y a las realidades del contexto en el cual se aplican las normas. Doctrinalmente, estas dos perspectivas se conocen como *formalismo* y *antiformalismo* jurídico; mientras que la Constitución de 1886 se adscribía al formalismo, la Constitución de 1991 se adscribe al antiformalismo jurídico (López, 2004). Siendo así, el derecho sancionador del Estado –*ius puniendi*- actualmente debe estar permeado de manera dúctil por principios constitucionales antiformalistas para su correcta aplicación.

Tal es el caso del Derecho Disciplinario, en el cual estudios de la Procuraduría General de la Nación (Ordoñez, 2009) han mostrado como la estructura de la falta disciplinaria, soportada dogmáticamente en la unión de las categorías «tipicidad» y «antijuridicidad», puede llevar a que las autoridades disciplinarias comprendan que la responsabilidad se configura una vez se verifica la adecuación típica de una

conducta, aún en casos en los que esta desprovista de ilicitud sustancial, reduciendo la tarea de la justicia disciplinaria a una simple confrontación de un hecho con la norma y al descarte de la existencia de una causal excluyente de responsabilidad, sin indagar lo sustancial de la ilicitud del comportamiento.

Así mismo, la doctrina sostiene que en lo que se refiere a las faltas cometidas a título de dolo, existe la idea de que para la configuración de responsabilidad disciplinaria, es suficiente el conocimiento de los hechos y la ilicitud, asumiéndose que por el hecho de tomar posesión de un cargo público se conocían los deberes del agente estatal, de las actividades relacionadas con el ejercicio del cargo y de los contenidos de la norma disciplinaria, lo que hace derivar el dolo del «conocimiento exigible» del servidor público, pero se obvia el conocimiento real del comportamiento típico (Gómez, 2007). Esta situación, *a priori* pone en entredicho los postulados antiformalistas del actual constitucionalismo, ello, por cuanto, se realiza una exaltación de los presupuestos normativos sin atender a la realidad material en la que se gesta la falta disciplinaria (la conducta de un ser humano).

En atención a esta situación, existe la necesidad de un estudio acerca de los elementos estructurales de la ilicitud sustancial para la construcción de un concepto real que se aleje del proscrito formalismo jurídico, de la consideración de la ley como única fuente del Derecho Disciplinario y del mismo como no autónomo respecto de otras ramas del derecho, especialmente, el Derecho Penal. Dicho de otra manera, el objetivo de este esfuerzo es determinar la esencia de la antijuridicidad en materia disciplinaria. Con tal propósito se tendrá el siguiente orden: en primer lugar, se mencionará la evolución o transformación a la que se ha sometido el Derecho Disciplinario a partir de la Constitución Política de 1991 y posteriormente se realizará un estudio de los elementos estructurales de la ilicitud sustancial a partir de los preceptos de antiformalismo pregonados por el nuevo orden constitucional.

I. EVOLUCIÓN *IUS TEÓRICA* DEL DERECHO DISCIPLINARIO: DEL FORMALISMO AL ANTIFORMALISMO JURÍDICO

Es importante iniciar por delimitar los conceptos de formalismo y antiformalismo jurídico; esto, por cuanto en este acápite se pretende establecer el cambio que se ha evidenciado en el sistema colombiano a partir de la Constitución Política de 1991 y, precisamente, se considera que este cambio es el paso de un esquema interpretativo formalista a uno antiformalista. Conforme con esto, sea lo primero aclarar que tanto el uno como el otro hacen referencia a escuelas que se encuadran dentro de dos principales sistemas de pensamiento jurídico, a saber; el idealismo y/o positivismo y el realismo². El idealismo jurídico, derivado del inmanentismo filosófico³, concibe la realidad jurídica como la ley, en tanto fenómeno visible del derecho, y, por lo tanto, es relativa, dependiendo de la voluntad legislativa (Rojas González, 2012). Dicho de otra manera, considera el derecho como el conjunto de normas positivas vigentes, sin atender a los valores o principios que están incursos en las mismas, llamados tradicionalmente el derecho natural.

² Se dice que se hablara de los principales sistemas de pensamiento jurídico por cuanto en la actualidad son varias las posiciones que asumen que existen más sistemas. A modo de ejemplo, cierta parte de la doctrina sugiere que existe una tercera vía interpretativa, esta se deriva del sistema de pensamiento filosófico existencialista, el cual se caracteriza por considerar que el hombre es no sólo idea y razón -en un crítica a los dos sistemas tradicionales de pensamiento, esto es, al idealismo y al realismo- sino que, sin desconocer la razón, se concentra en la vida general del hombre y la persona concreta. En términos más precisos la tercera vía busca «centrarse en la vida y en la persona como plataformas tanto de lo real como de lo racional» (Durán Mantilla, 2010, pág. 25). En el mundo jurídico esto se traduce en que si para el realismo el fundamento del derecho es lo justo y para el idealismo es la ley positiva, para el existencialismo jurídico la persona humana interrelacionamente en *pos* de lo justo razonable a través de la sentencia del juez (Durán Mantilla, 2010).

³ El inmanentismo o idealismo filosófico es la postura filosófica consistente en la tendencia a pensar que en general la realidad es y existe con ocasión a la conciencia del ser que la percibe, esto es, gracias al sujeto pensante. Como características principales, el idealismo, concibe la realidad de una manera subjetiva, es decir, que depende del sujeto que la piensa y, a su vez, como histórica, es decir que varía con el devenir (Rojas González, 2012).

Por su parte, el realismo jurídico, originado en el realismo filosófico⁴, se encarga y define el derecho, a través del material prescriptivo aportado por los principios generales del derecho natural clásico y que se basa en una idea objetiva de la realidad, el cual, a su vez, es primario e irrenunciable (Rojas González, 2012). Mientras para el idealismo el objeto formal del derecho es la ley en tanto fenómeno perceptible del derecho para el realismo es la justicia como acto de dar a cada quien lo que le corresponde según su derecho (Salazar Cáceres, 2015). Ahora bien, el formalismo se adscribe a una posición idealista del derecho mientras que el antiformalismo lo hace respecto de una concepción realista.

En este sentido, mientras el formalismo concibe el derecho «como un conjunto de enunciados que deben ser objeto de elaboración lógica y sistemática», el antiformalismo lo hace como «la expresión de determinadas conductas sociales o determinados valores ético materiales» (Pérez Luño, 2007, pág. 23). Quiere decir lo anterior, que el primero funda el derecho en la posibilidad del hombre de determinar su conducta con normas, siendo la ley aplicable a todos los casos, mientras que el segundo lo hace en la realidad de la conducta humana que varía de acuerdo a circunstancias concretas, concibiendo la norma como un instrumento que presenta vacíos los cuales deben ser suplidos a través de la realidad jurídica, de la jurisprudencia, en tanto arte propio del jurista, en el cual se resuelven casos reales y no simplemente se aplican normas a través de silogismos.

El concebir el derecho de un modo antiformalismo, como lo infiere Falcon y Tella (2011), genera una ampliación de las fuentes del derecho y una especialización de los conocimientos, incursionando en la creación de nuevas ramas del derecho

⁴ El realismo, en tanto postura filosófica, consiste en aceptar que el conocimiento del *ente* (realidad que se percibe por los sentidos) forma parte de una realidad que, a su vez, participa de una forma más alta del ser. Esta posición no comporta el conocimiento solo como una actividad intelectual descriptiva, sino que la conecta con la aprehensión de los principios prescriptivos del entendimiento (el derecho natural) (Rojas González, 2012).

autónomas de las tradicionales. El cambio de una concepción formalista a una antiformalista del derecho los describe así:

En el plano conceptual, como antiformalismo conceptual, se pasa de la concepción formalista del Derecho como sistema pleno a la configuración del Derecho como fenómeno social concreto, que puede presentar lagunas que requieren mecanismos integradores, como la equidad, debido al anquilosamiento y desfase de los códigos frente a la realidad social cambiante. Se pasa de concebir la actividad del juez como una aplicación silogística y mecánica de la ley a destacar la libertad interpretativa del juzgador, que se puede adentrar incluso en la creación de nuevo Derecho, equiparándose en cierto modo al legislador (Falcón Y Tella, 2011, pág. 162).

La Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta la necesidad de dar al derecho una aplicabilidad mayor para la solución real de las controversias que se ponen en conocimiento de los jueces, trajo consigo reformas que contribuyen al desarrollo del Derecho Disciplinario; una de ellas fue conferir una nueva naturaleza jurídica, en los aspectos orgánico, material y funcional tanto del Ministerio Público como de la Procuraduría General de la Nación (Maya, 2007). Además de crear la institución de la Defensoría del Pueblo y hacerla parte integrante del Ministerio Público, este conjunto de órganos tiene a su cargo la defensa de los intereses de la sociedad, para lo cual podrán desplegar actuaciones preventivas y de intervención ante autoridades judiciales, y actuar como juzgador disciplinario.

El Ministerio Público se muestra como un órgano de control autónomo e independiente, cuyo Supremo Director es el Procurador General de la Nación, para acopiar de esta manera las nuevas directrices del derecho constitucional europeo y latinoamericano que ubican a los entes de vigilancia y control de manera alejada del Poder Ejecutivo, en un proceso de desformalización del derecho acorde con la nueva filosofía de Estado.

Conforme con esto, se genera una transformación importante respecto de lo establecido en la Constitución Nacional de 1886, en donde la Procuraduría General de la Nación estaba vinculada a la Rama Ejecutiva del Poder Público, toda vez que el Ministerio Público se ejercía bajo la suprema dirección del Presidente de la República. Al respecto, la anterior Carta establecía: «El Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador general de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley [...]» (art. 142). En este sentido, sostiene la doctrina que:

El ejercicio de funciones “bajo la suprema dirección del gobierno”, era una situación que atentaba contra la independencia y autonomía del ministerio público, que se veía bastante afecta, al estar constituido el “gobierno” por el presidente de la república, acompañado de los ministros o jefe de departamento administrativo (art. 57 de la C.P. 1886), y siendo el presidente, a su vez, la “suprema autoridad administrativa” (art. 150, *ibídem*), condiciones que hoy mantiene (Sánchez & Naranjo, 2001, pág. 274).

Por otra parte, dentro de las variadas funciones misionales otorgadas al Ministerio Público en la actual Constitución Política es relevante la relacionada con la competencia disciplinaria y que consiste en el ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

A partir de la Carta de 1991, el poder disciplinario preferente que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación, ha obtenido un matiz particular, al punto que se afirma que el Derecho Disciplinario es una especialidad jurídica, que cuenta con una estructura autónoma, alejándose concluyentemente de las diferentes tendencias que, en unos casos, lo situaban como una especie del Derecho Penal, mientras que en otros, como una modalidad del Derecho Administrativo (Maya, 2007). Coherentemente, la nueva filosofía del Estado generó que el Derecho Disciplinario

actualmente tenga una dogmática propia, distinta a la del Derecho Penal, fundamentada en el especial alcance de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y con las particularidades propias de una nueva disciplina que se ha logrado edificar.

La idea del Derecho Disciplinario como disciplina jurídica autónoma trae consigo particularidades exaltables, tales como la diferenciación que se hace entre las relaciones generales y las especiales de sujeción que separan lo penal de lo disciplinario (Fernández, Parodi, Torregroza, Vásquez, & Zetián, 2013). Así mismo, a partir de la publicación de la Ley 200 de 1995 «Por la cual se expide primer Código Disciplinario Único», que conforme a los nuevos valores tendientes a la moralidad de la función público contenidos en la Constitución pretendió recoger la disipada normatividad reglamentaria vigente hasta entonces, para agruparla en un solo cuerpo legal regulatorio de los deberes, prohibiciones, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses, procedimiento y sanciones disciplinarias aplicables a los distintos servidores públicos y a los particulares que desempeñen funciones públicas.

Sin embargo, el avance más significativo lo conforma la expedición de la Ley 734 de 2002, ateniendo a que este nuevo Código Disciplinario Único reafirma la naturaleza jurídica *sui generis* de esta disciplina, a través de institutos propios que dan cuenta de sus hondas diferencias con otras modalidades de derechos sancionatorios.

Como se evidencia el Derecho Disciplinario se ha sometido a transformaciones a partir de la Constitución de 1991 que lo hacen un derecho más dado a la interpretación conforme al contexto en el que se usa, que es distinto del Derecho Penal y del Derecho Administrativo como tal, es por ello que se habla de un proceso

de evolución del formalismo al antiformalismo jurídico. Esto es acorde con una visión antiformalista del derecho en general, en donde en lugar de elaborar teorías comunes se examina la realidad, la situación jurídica, y se crea un sistema acorde con esa realidad. No se trata de que el Derecho Disciplinario se haya desformalizado, es decir, dejado de concebir como un apéndice de otros derechos, sino que a partir de la Constitución de 1991 prevalece una visión antiformalista del derecho, la cual busca la solución real y justa a los problemas que se presentan en las relaciones jurídicas, la cual ha generado que el Derecho Disciplinario adquiera autonomía al encontrarse múltiples diferencias entre éste derecho y otros que se consideraban comunes como el Administrativo y, especialmente, como se ha venido afirmando, el penal.

II. ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA ILICITUD SUSTANCIAL DESDE EL ANTIFORMALISMO JURÍDICO

La Ley 734 de 2002 «Por la cual se expide el Código Único Disciplinario» señala como principio rector de la ley disciplinaria el de ilicitud sustancial⁵; según el cual «La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna» (art. 5). La constitucionalidad del contenido textual de este principio fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-948 (2002) la cual lo decreto exequible bajo el argumento de que la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley está orientado por el incumplimiento del deber funcional y no por el desconocimiento formal del mismo, «es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende

⁵ Cierta parte de la doctrina considera que en vez de la expresión «ilicitud sustancial» debería utilizarse «ilicitud disciplinaria», pues este vocablo es más amplia y propio para el Derecho Disciplinario, para determinar en qué casos cuando puede considerarse que una ilicitud (disciplinaria) es sustancial o cuando esa misma ilicitud no lo es. Toda vez que –como se expondrá más adelante- puede haber ilicitudes meramente formales, que no dejan de ser contradicciones de orden legal sin un contenido claro y con una razón de ser (Berdugo, Cadrazco, Corredor, Duarte, & Mena, 2013).

contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta» (Cruz Patiño, 2007, pág. 237). Quiere decir lo anterior que, según está corporación, no basta con que una conducta se adecue al tipo disciplinario descrito por el legislador, sino que se requiere ilicitud sustancial.

En virtud de este criterio, se tiene que no basta con la contradicción formal entre la conducta y el ordenamiento, sino que es necesario que el comportamiento atente no solo contra la norma, sino contra la razón de ser de un Estado Social de Derecho, con lo que no es deber por el deber, sino debido a la función (Bernate Ochoa, 2007). Así las cosas, la sanción disciplinaria no se funda simplemente en la conducta contraria a un manual de funciones -como tradicionalmente se ha pensado en términos de antijuricidad formal penal-, ni tampoco en la afectación de un bien jurídico concreto -antijuricidad material- sino en la contrariedad del comportamiento con los principios que orientan la función pública.

Ahora bien, por otro lado, en el artículo citado se pueden identificar tres elementos medulares de la ilicitud sustancial; (i) la antijuricidad, (ii) el deber funcional, y (iii) la justificación. Estos serán estudiados a continuación:

A. Antijuricidad

De manera general, la antijuricidad se define como «la contradicción entre una acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico» (Muñoz, 2004, pág. 65). Como lo explica García Rivas (1996) a través de este concepto se dice que una

acción aparece como contraria a la norma jurídica⁶. No obstante, cuando se relaciona con la ilicitud sustancial este concepto adquiere un tamiz especial, pues, como observa Gómez Pavajeau (2007), no solo se requiere trasgredir o contradecir la norma, sino la afectación de la función pública en su debida gestión, y que dicho comportamiento no se encuentre amparado por alguna de las causales de justificación. Si la antijuridicidad se trata de un comportamiento contrario al derecho, debe concebirse que para valorarse realizada la contrariedad de la conducta, ésta debe tener una «razón de ser» (Ordoñez, 2009). Así las cosas, la conducta, más que desconocer formalmente el texto legal que la prohíbe, debe ser contrario o, cuando menos, ajeno a los principios que orientan la función pública. De tal manera que, aunque el comportamiento del servidor público encuadre en la descripción de un tipo disciplinario, si no se logra establecer que el mismo tuvo efectos negativos para la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, carece de ilicitud sustancial.

En este sentido, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación sostuvo que «Para la estructuración de la antijuridicidad, basta verificar que el sujeto pasible de la acción disciplinaria haya desconocido la norma subjetiva que lo determinaba a comportarse conforme al ordenamiento jurídico, siendo innecesario la verificación de algún resultado» (Radicación No. 2010-29394, 2014). Este pronunciamiento, aunque correctamente afirma la innecesaridad de la verificación de un resultado para la realización de una falta disciplinaria (antijuricidad material), cae en un formalismo jurídico al disponer que para la estructuración de falta es suficiente el desconocimiento de una norma (antijuridicidad formal), sin tener en cuenta que con ello se afecte la función pública.

⁶ La Ley 599 de 2000 «Por la cual se establece el Código Penal» define la antijuridicidad de la siguiente manera «Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal».

Se dice que la sala fallo en principio correctamente pues el derecho disciplinario reposa en la «teoría de la norma subjetiva de determinación»; esto quiere decir que el ilícito disciplinario se estructura a partir de un desvalor de acción y no de resultado (Fernández, Parodi, Torregroza, Vásquez, & Zetián, 2013). En contravía, a lo postulado por el Derecho Penal, que emplea tanto la norma subjetiva de determinación y la norma objetiva de valoración cuyo resultante será el injusto penal.

Frente a la invocación de la antijuridicidad en el mentado artículo quinto de la Ley 734 de 2002, Ordoñez (2009) elabora una crítica pues –en su concepto- el legislador incurrió en una imprecisión al hablar de la antijuridicidad de la falta, pues es claro que la misma solo se puede predicar de una conducta o comportamiento y no a la falta contenida en la norma como tal. Así mismo, sostiene que el texto legal genera una dificultad de la que se desprenden serias consecuencias para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado: la misma es que el epígrafe del artículo consagra la expresión «ilicitud sustancial» como principio del derecho disciplinario, entre tanto en su desarrollo literal se expresa el término de «antijuridicidad», lo cual sugiere, *a priori*, que son sinónimos de la afectación de bienes jurídicos.

Al respecto, según señala Fontecilla Riquelme (1961-1963), Jiménez de Asúa sostiene que el concepto «ilicitud» tiene un significado más amplio que el de «antijuridicidad» porque lo ilícito, comprende, además, lo opuesto a la moral. Bien se sabe que la moral se desenvuelve en una esfera más amplia que el derecho, pero el derecho disciplinario busca, entre otros, proteger la moralidad pública. Por lo anterior, el neologismo antijuridicidad es más adecuado para el Derecho Penal y el de ilicitud para el Derecho Disciplinario, pese a que la ilicitud resulta ser un concepto muy amplio e impreciso.

Frente a lo anterior, pese a ser cierto que la responsabilidad en materia disciplinaria se deriva de la afectación de deberes funcionales, la antijuridicidad bajo esta perspectiva no puede reducirse a un sencillo juicio de adecuación del comportamiento con la sola categoría de la tipicidad; esto es, que sólo baste la concordancia de la conducta desplegada por el servidor público con la falta que se le va a endilgar, dando por sentado la antijuridicidad, tal y como si se tratara de una especial presunción irrefutable, lo que conduciría a un modelo de responsabilidad objetiva. Así mismo, la antijuridicidad material –concebida como categoría del derecho penal- no puede amparar las conductas que, siendo realizadas por el sujeto pasible de la acción disciplinaria, no implican la producción de un resultado, aunque sí produzcan la violación de un deber funcional, y consecuentemente, la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública, los cuales son exigibles de la persona que tiene un vínculo especial con el Estado.

La antijuridicidad en materia disciplinaria, dado los intereses o bienes jurídicos protegidos y su naturaleza, no exige un daño material, pues, entre otros, protege principios como la moralidad, la igualdad, la transparencia y la publicidad que pueden verse afectados, incluso, sin un perjuicio material (Radicado No. IUC-D 650-322740, 2014).

Conforme con ello, la antijuridicidad fue usada por el legislador como sinónimo de ilicitud sustancial para referir un comportamiento⁷ (no una falta –como lo predica textualmente la norma-) que contraviene el ordenamiento jurídico, sin embargo, en materia disciplinaria, a diferencia de en Derecho Penal, esta adquiere un matiz especial, pues no puede ser catalogada como antijuridicidad formal al no derivarse exclusivamente de un juicio de tipicidad en el cual se verifica la correspondencia entre una conducta y un hecho, ni como antijuridicidad material al no requerirse como tal una lesión. Con esto se va enarbolando la antijuridicidad como una

⁷ Ello es más claro cuando se verifica la lectura del artículo cuarto de la Ley 1123 de 2007 «Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado», el cual dispone que «Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código».

categoría autónoma del derecho disciplinario, y a este derecho como independiente del Derecho Penal.

B. Deber funcional

El concepto de deber funcional comprende el cumplimiento de deberes propiamente dichos; la no extralimitación de los derechos y funciones; el respeto por las prohibiciones y por el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses contemplados en el ordenamiento jurídico (Ordoñez, 2009). Al respecto el artículo sexto de la Constitución Política determina que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes –al igual que los particulares- y por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así mismo el Título IV del Libro Primero de la Ley 734 de 2002 desarrolla lo relativo a los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses del servidor público⁸. Esto sugiere que el concepto de deber funcional está altamente regulado por la norma, lo cual se comprueba con el artículo 123 de la Norma de Normas, lo cual está en armonía con el principio de legalidad al predicarse de una potestad del derecho sancionador.

En lo referente al elemento definitorio del deber, esto es, lo funcional, el derecho disciplinario ha sido pensado para investigar la conducta de los servidores públicos –así como la de los particulares que cumplan funciones públicas- con el propósito de revisar el debido cumplimiento de las funciones que se le han encomendado

⁸ La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, respecto al concepto de deber funcional, sostiene: «Sobre el punto, la doctrina ha precisado que quienes se encuentran vinculados a la administración, orgánica, material, funcional o teleológicamente, tienen deberes funcionales, entendidos como aquellos que están en función de un interés que “le es indisponible a la Administración, pero cuya consecución se le ha impuesto por la Constitución y la Ley”» (Radicación No. IUCD-2013-26-587083, 2013).

(Maryse Deguerge, 2010). Por lo tanto, cualquier comportamiento que no encaje dentro de estos parámetros, no puede ser objeto del derecho disciplinario. El Estado, en consecuencia, no debe ejercer la potestad disciplinaria que le corresponde respecto de conductas que formen parte del fuero interno de sus agentes, de su esfera personal o que sean expresión de sus derechos fundamentales a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad y que no tengan una conexión con la función que se les encomendó. Así mismo, tampoco debe restringirse el concepto de deber funcional a las actividades específicas que le corresponden al agente estatal, adicional a esto se amplía al acatamiento de los principios constitucionales y legales que demandan una contestación ética frente a las expectativas generales de la sociedad con relación a sus agentes.

El deber funcional puede ser comprendido entonces, como una armónica combinación de elementos misionales y jurídicos que posibilitan el cumplimiento de los fines del Estado, por cuanto las funciones del agente estatal se encuentran en una relación de medio a fin respecto de los mismos objetivos del Estado. Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, de suerte que los fines de aquél constituyen al mismo tiempo el propósito de las funciones de éstos (Ordoñez, 2009, pág. 30)

A la par, advierte la obligación asignada a quienes desempeñan funciones públicas en el contexto de las llamadas «relaciones especiales de sujeción» que le gobiernan con el propósito de lograr los fines antedichos.

Cuando se hace referencia a las relaciones de especial sujeción se entiende que el individuo está sujeto a una relación jurídica en la que tiene singulares derechos y obligaciones frente al Estado. Esa situación a la que están sometidos determinados funcionarios acentúa su dependencia con relación al Estado debido a que éste tiene una serie de objetivos que cumplir (García & Fernández, 2011, pág. 111).

Como se evidencia, según esta posición, cuando se habla de relaciones especiales de sujeción se sugiere un vínculo especial entre los servidores públicos y los particulares que realizan función pública y el Estado de donde surge el deber funcional. No obstante, esta posición no es unánime, por ejemplo Pedro Alfonso Hernández (2010) tanto en el sector público como en el privado existen relaciones de sujeción o subordinación frente al empleador. Según el autor a partir del vínculo jurídico entre el servidor público y el Estado no existe una relación de especial sujeción que imprima una connotación especial al régimen disciplinario que les aplica. Dicho de otra manera, en el campo del deber funcional como elemento de la ilicitud sustancial no juega un papel relevante las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos con el Estado.

C. Justificación de la conducta

El tercer elemento que se desprende del contenido textual del mentado artículo quinto de la Ley 734 de 2002 es la justificación de la conducta. No basta con que el servidor público o el particular que ejerza funciones públicas realice una conducta descrita por el legislador como disciplinable con la cual se afecte el deber funcional en los términos anteriormente descritos, sino que se requiere que ella no se encuentra amparada en una causal de justificación contemplada previamente en la ley. Al respecto, si se verifica la existencia de una causal de justificación, se trata de una conducta con la cual se realizó una falta disciplinaria y se afectó de manera sustancial el deber funcional pero que no corresponde a una conducta antijurídica y consecuentemente no procede la imposición de sanción disciplinaria alguna para el sujeto que la desplegó. Por el contrario, si no se logra verificar una causal de justificación se estará ante una conducta con la cual el servidor público incurrió en una falta disciplinaria y que es antijurídica por afectar sustancialmente el deber

funcional sin justificación alguna, por lo tanto, es digna de ser sancionada por la autoridad disciplinaria.

La tendencia a crear causales que justifique la conducta de una persona para evitar su sanción ha estado presente desde antaño en los Códigos Penales y Disciplinarios. No obstante, las evoluciones doctrinarias que se presentaron especialmente la penal respecto al tema generaron que el legislador agrupara las causales relacionadas con la justificación de la conducta y las de inculpabilidad, denominándolas como causales de ausencia o exclusión de responsabilidad. Esta unificación es verificable en el artículo 23 de la Ley 734, que cita:

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

Coherentemente con esta norma el artículo 28 establece que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: 1. Estando en una situación de fuerza mayor o caso fortuito, 2. En cumplimiento de un deber constitucional o legal, 3. En cumplimiento de orden legítima, 4. Por salvar un derecho propio o ajeno, 5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable, 6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, 7. En situación de inimputabilidad.

Al respecto, la doctrina no clasifica una u otra causal como de justificación de la conducta o de inculpabilidad (como si sucede en materia penal), por el contrario, considera que cada causal puede ser analizada desde una u otra perspectiva:

De las causales de justificación, también llamadas «objetivas» por un sector de la doctrina, puede afirmarse que convierten la conducta «antijurídica» en jurídica, mientras que lo propio de la justicia disciplinaria causal de inculpabilidad, es que la conducta conserva su carácter típico y antijurídico, pero se hace «inculpable» y, por ende, se exonera a su autor de responsabilidad (Ordoñez, 2009).

Por otra parte, es destacable que las causales de exclusión anteriormente descritas, a diferencia del derecho penal, tienen carácter enunciativo y no taxativo, ello quiere decir que son aplicables también otras no contempladas en la ley que conduzcan a concluir que al autor del comportamiento reprochable no le era exigible la realización de una conducta distinta, lo cual excluye la sanción. También, llama la atención que las mismas pueden ser constitucionales y legales; determinar la naturaleza de una causal correspondiéndole al titular de la potestad disciplinaria.

El que el legislador no haya determinado un conjunto de cláusulas cerradas o taxativas relativas a las causales de justificación, pese a tratarse de un tema que concierne a la potestad sancionadora del Estado la cual debe estar limitada por el principio de legalidad, pone de manifiesto un deseo de construir un derecho sancionador que atienda más a la realidad que a la aplicación sacramental de la ley. Cabe destacar que la posibilidad de que existan más causales de justificación de las contempladas en la ley siempre va a conducir a beneficiar al sujeto de la acción disciplinaria, por lo tanto, constituye un derecho dúctil en favor de la persona que está siendo acusada de haber cometido una falta.

CONCLUSIÓN

El Derecho Disciplinario, de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, se presenta como una rama autónoma del conocimiento jurídico a través del concepto de *ilicitud sustancial*. En efecto, la antijuridicidad aplicable a las conductas realizadas por los servidores públicos con ocasión a la extralimitación u omisión en el ejercicio de la función pública difiere de la aplicable a los delitos; mientras que la primera, en sede disciplinaria, se basa en la afectación del deber funcional -es decir, al incumplimiento de los principios que orientan la función administrativa-, la segunda, en sede penal, en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos -esto es, derechos-. Como se infiere, sus sustratos materiales o contenidos son totalmente diferentes, pues en la *ilicitud sustancial* teleológicamente se busca el buen funcionamiento de la organización estatal y, congruentemente, el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado y en la antijuridicidad penal -formal y material- se pretende la garantía y el resguardo de los derechos de las personas, sin embargo, encuentran su punto de conexión en la necesidad de sancionar conductas humanas conforme al principio de justicia, es decir, imponiendo sanciones -dando lo que le corresponde- al infractor de las normas penales y las normas que rigen el ejercicio de la función estatal.

La diferenciación entre ambas antijuridicidades -v. gr. la disciplinaria y la penal- no se trata simplemente de una exposición teórica o de dogmática jurídica, sino que tiene efectos en la aplicación de cada uno de los derechos en comento. Verdaderamente, mientras el Derecho Disciplinario es estricto al momento de imponer sanciones por faltas disciplinables, a la manera de que la simple extralimitación u omisión en el ejercicio de la función pública es susceptible de una sanción, el Derecho Penal requiere que no solamente se haya incumplido o trasgredido el contenido de una norma -antijuridicidad formal- sino que esta trasgresión haya logrado afectar o poner en peligro los derechos de una persona o un grupo social -antijuridicidad material-. Ello, no quiere decir, que la *ilicitud sustancial* en el Derecho Disciplinario se asimile a la antijuridicidad formal del

Derecho Penal, es decir, que el primero sea un derecho sancionatorio objetivo en el cual no se exija cierta afectación de los intereses protegidos.

Claramente, pensar en la conducta disciplinable como el mero incumplimiento de las funciones se constituye como injusto pues no siempre esta inobservancia deviene en consecuencias negativas para el aparato estatal; no obstante, existe un motivo por el cual a los funcionarios -vinculados al Estado mediante una relación especial de sujeción- se les aplica un régimen más estricto que a la conducta penal. En primer lugar, las sanciones aplicables en cada derecho son unas más dóciles que las otras – en el Derecho Disciplinario la destitución del cargo, la inhabilidad, la suspensión, la multa, etc., y en el Derecho Penal la pena privativa de la libertad (la cárcel) o la multa-, esto justifica que el primero sea más estricto que el segundo. En segundo lugar, mientras que la sanción disciplinaria busca corregir al funcionario público frente a su deber de actuar con moralidad, eficiencia, eficacia, celeridad, etc. la sanción penal busca prevenir la realización de delitos, retribuir la conducta del ciudadano infractor, reinsertarlo y protegerlo, de ahí que el primer derecho sea más estricto con el transgresor de la norma. Esto no debe interpretarse como la inexistencia de posibilidades de defensa para el funcionario que haya incumplido sus funciones.

Como se mencionó anteriormente, la diferenciación entre ambas antijuridicidades tiene implicaciones prácticas y precisamente estas se refieren a la manera como los litigantes deben proteger a sus clientes en cada sede jurídica; en el Derecho Penal se debe demostrar que la conducta no fue lesiva de ningún derecho pues no lo puso en peligro o lo afectó, entre tanto, en el Derecho Disciplinario se debe demostrar que no se alteró el cumplimiento de los cometidos estatales y que se siguieron los principios de la función administrativa. Esto lleva a concluir que la ilicitud sustancial, definida legalmente como la afectación del deber funcional, debe entenderse como

el incumplimiento en las funciones encomendadas capaz de afectar el buen funcionamiento del Estado por el incumplimiento de los principios de la función administrativa.

Esta definición, cuya dilucidación era el objetivo del presente trabajo, es acorde con los postulados antiformalistas del constitucionalismo colombiano actual, en los cuales se busca la construcción un derecho aplicable, eficiente y justo, que no se base simplemente en la norma entendida como la actividad legislativa, sino que se elabore a partir de la práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- Berdugo, A., Cadrazco, M., Corredor, E., Duarte, J., & Mena, D. (2013). La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. *Derecho Penal y Criminología* (Vol. 34. Num. 97), 113-157.
- Bernate Ochoa, F. (2007). *Delitos de falsedad en estados financieros*. Bogotá DC: Universidad del Rosario.
- Cruz Patiño, F. (2007). *Derecho Disciplinario práctico*. Bogotá DC: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Durán Mantilla, J. G. (2010). *Introducción a la filosofía del derecho: una concepción convivente e integradora*. Bogotá DC: Grupo Editorial Ibáñez.
- Falcón Y Tella, M. J. (2011). *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Arces.
- Fernández, J., Parodi, M., Torregroza, L., Vásquez, D., & Zetián, J. (2013). El injusto en el derecho disciplinario. *Derecho Penal y Criminología*, 159-174.
- Fontecilla, R. (1961-1963). Los problemas jurídicos de las causas supraleales en materia penal. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* (Vol. 3 Num. 3), 56-86.
- García, E., & Fernandez, R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas.
- García, N. (1996). *El poder punitivo en el Estado democrático*. Castilla: Edición de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Gómez, C. (2007). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, P. (2010). *La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el régimen disciplinario: Algo más que "conductas típicamente antijurídicas" de los servidores públicos -Lectura desde el Derecho de la Función Pública-*. Bogotá: Temis.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Temis.
- Maryse Deguerge, C. D. (2010). *La justicia y la responsabilidad del Estado*. Bogotá DC: Universidad Santo Tomás.
- Maya, E. (2007). La función disciplinaria como administración de justicia en sentido material y el control de legalidad. En C. Gómez, & E. Sánchez, *Lecciones de*

Derecho Disciplinario (págs. 19-25). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP).

Muñoz, F. (2004). *Teoría general del delito*. Bogotá: Temis.

Ordoñez, A. (2009). *Justicia disciplinaria: de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP).

Pérez Luño, A. E. (2007). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Madrid: Tebar SA.

Radicación No. 2010-29394 , Expediente No. 161-5334 (Procuraduría General de la Nación (Sala Disciplinaria) 10 de Julio de 2014).

Radicación No. IUCD-2013-26-587083, Expediente No. IUS-2013-45282 (Procuraduría Provincial de Apartadó 31 de Mayo de 2013).

Radicado No. IUC-D 650-322740, Expediente No. 161-5605 (Procuraduría General de la Nación (Sala Disciplinaria) 27 de Noviembre de 2014).

Rojas González, G. (2012). *De la justicia a los derechos fundamentales: una lectura desde el realismo jurídico clásico*. Bogotá: Temis.

Salazar Cáceres, C. G. (2015). *Cartilla propedéutica iusfilosófica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Sánchez, C., & Naranjo, R. (2001). Los órganos de control en la Constitución Política de 1991: mucho ruido y pocas nueces. En A. c. Política, *La Constitución por construir: balance de una década de cambio institucional* (págs. 257-284). Bogotá : Universidad del Rosario.

Sentencia C-948, Expedientes D-3937 y D-3944 (Corte Constitucional 6 de Noviembre de 2002).

LEGISLACIÓN

Constitución Política de 1886

Constitución Política de 1991

Ley 200 de 1995 «Por la se expide el Código Disciplinario»

Ley 734 de 2002 «Por la cual se expide el Código Único Disciplinario»

Ley 1123 de 2007 «Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado»

Ley 599 de 2000 «Por la cual se expide el Código Penal»

